

Tilburg University

De samenwerkingsschool

Noorlander, C.W.

Published in:
De Gemeente-stem

Publication date:
2011

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Noorlander, C. W. (2011). De samenwerkingsschool: Een onderwijsconstitutioneel gedrocht? *De Gemeente-stem*, 2011(7357), 419-430.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Tertium non datur

De samenwerkingsschool: een onderwijsconstitutioneel gedrocht?

79

1. Inleiding

Art. 23 Grondwet (Gw), betreffende het onderwijs, gaat uit van een duaal bestel: openbaar versus bijzonder onderwijs. Openbaar onderwijs is overheidsonderwijs en ging tot 1997 uit van een orgaan van een publiekrechtelijke rechtspersoon. Bijzonder onderwijs is het product van privaatrechtelijke organisatievorming, in de regel een stichting of een vereniging.

Bestuursvormen voor openbaar onderwijs waren tot 1997:

- B&W als 'integraal' bestuur;
- de functionele commissie krachtens art. 83 Gemw;
- het krachtens gemeenschappelijke regeling met andere gemeenten ingesteld bevoegd orgaan.²

Vanaf 1996 is het mogelijk om het bestuur en de instandhouding van een school op te dragen aan een *openbare rechtspersoon* of aan een *stichting*.^{3,4} Achterliggende gedachte van de invoering van deze bestuursvormen vormde de wens om de dubbelrol van de gemeente als toezichhouder op het openbaar onderwijs in de gemeente en bestuurder van openbare scholen op te heffen. Vanaf 1998 is het tevens mogelijk om een zogenoemd *samenwerkingsbestuur* in het leven te roepen, dat wil zeggen een bestuur dat zowel bijzondere als openbare scholen in stand houdt.^{5,6}

Al geruime tijd wordt erover nagedacht om aan het palet (wettelijke) bestuursvormen voor openbaar onderwijs een nieuwe wettelijke modaliteit toe te voegen: de samenwerkingsschool. Het betreft hier de institutionele variant van de samenwerking tussen openbaar en bijzonder onderwijs. Binnen de samenwerkingsschool krijgt de samenwerking tussen het openbaar en het bijzonder onderwijs niet alleen gestalte op het niveau van het bevoegd gezag, maar ook op het schoolniveau. Samenwerking in bestuurlijke en institutionele zin van scholen op bijzondere en openbare grondslag is al enige decennia in ons onderwijsbestel waarneembaar.

De samenwerkingsschool dook in de jaren zestig, in het begin van de ontzuiling van de Nederlandse samenleving, op binnen het Nederlandse schoolwezen. In 1981 verscheen een belangrijke onderwijssociologische studie naar dit fenomeen. In deze studie wordt het begrip 'samenwerkings-school' nog niet strikt voorbehouden aan samenwerking tussen openbaar en bijzonder onderwijs. Ook de geïnstitutionaliseerde samenwerking tussen scholen van bijzonder onderwijs op verschillende levensbeschouwelijke grondslag werd hiertoe gerekend.⁷ In het eerste deel van de studie werd met name op stelselniveau gekeken naar scholen met een samenwerkingskarakter.⁸ In het tweede deel van de studie kwamen een aantal uitgevoerde case-studies aan bod.⁹

VVD-Kamerlid Franssen merkte in 1990 op:

"Mij gaat het er veeleer om dat wij op dit moment in het kader van schaalvergrotings- en herstructureringsprocessen een beweging op gang zien komen waarbij scholen van verschillende denominatie maar bij elkaar krui-
pen en er dan een samenwerkingsschool van maken van openbaar/AB/PC/RK."¹⁰

Deze ontwikkeling was aanleiding om in 1990 de Tijdelijke Adviescommissie Samenwerkingsschool (TAS) in te stellen, die in 1991 rapporteerde.¹¹ In zijn rapport merkte de commissie op nog een verdere groei van het aantal scholen met een samenwerkingskarakter te verwachten, niet alleen in verband met al dan niet noodgedwongen fusie maar 'ook [omdat, *toevoeging CWN*] op meer ideologische en onder-

1. De auteur is universitair hoofddocent aan de Tilburg University en auteur bedankt mr. drs. F.H.J.G. Brekelmans en prof. mr. B.P. Vermeulen voor hun nuttige commentaar op een eerdere versie van dit artikel.
2. Dit zijn organen van een publiekrechtelijke rechtspersoon en daarmee a-organen in de zin van art. 1:1 Awb.
3. Wet van 14 november 1996 inzake de bestuursvorm van het openbaar onderwijs, *Stb.* 1996, 580.
4. Zie over de juridische toelaatbaarheid van openbaar onderwijs in de vorm van privaatrechtelijke rechtspersonen: D. Mentink, 'Openbaar onderwijs en de privaatrechtelijke beheersvorm', *NTOR* 1991, nr. 2, p. 68-81. Mentink meent dat dit mogelijk is, mits de juridische voorwaarden hiervoor wettelijk worden vastgelegd. Zie tevens: C.H.C. Overes, 'De privaatrechtelijke stichting als rechtsvorm voor openbaar onderwijs: een deugdelijk alternatief?', *NTOR* 1995, nr. 3, p. 127-138; C.H.C. Overes, 'Verzelfstandiging van het openbaar onderwijs: publiek of privaat', *S&V* 1997, afl. 5, p. 107-112; C.H.C. Overes, 'Privatisering van het onderwijs', *Tijdschrift Privatisering* 1998, nr. 9, p. 5-7.
5. Wet van 23 april 1998 inzake de bestuurlijke fusie tussen openbare en bijzonder scholen, *Stb.* 1998, 294. De openbare rechtspersoon wordt ingesteld krachtens een gemeenteverordening en hiermee een publiekrechtelijke rechtspersoon. Het bevoegd gezag van een overheidsstichting vormt een college dat met openbaar gezag is bekleed in de zin van art. 1:1 lid 1 onderdeel b Awb en daarmee een 'b-bestuursorgaan'.
6. Zie over het samenwerkingsbestuur onder meer: H.C. Overes, 'Bestuurlijke fusie tussen openbaar en bijzonder onderwijs', *S&V* 1999, nr. 3, p. 98-102; Y. Emmelot, e.a., 'De samenwerkingsschool; praktijk en wetgeving', *NTOR* 2005, p. 79-88. En met name het proefschrift van P.W.A. Huisman, *De samenwerkingsschool. Conflicterende convergentie van de juridische problematiek rond samenwerking tussen openbaar en bijzonder onderwijs*, 's-Gravenhage: Elsevier 2002, p. 143-193. Het samenwerkingsbestuur vormt ten aanzien van het openbaar onderwijs een college dat met openbaar gezag is bekleed in de zin van art. 1:1 lid 1 onderdeel b Awb en daarmee een 'b-bestuursorgaan'.

7. A.H.W.M. Pelkmans, *Scholen met een samenwerkingskarakter. Inventarisatie per 1 januari 1980. Eindrapport I*, Stichting voor Onderzoek van het Onderwijs, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1981a, p. 17.
8. Pelkmans 1981a.
9. H.W.M. Pelkmans, *Scholen met een samenwerkingskarakter van dichtbij bezien. Vergelijkende analyse van zeven case-studies. Eindrapport I*, Stichting voor Onderzoek van het Onderwijs, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1981b.
10. *Handelingen II* 1989/90, p. 4906, uit Huisman 2002, p. 77.
11. Tijdelijke Adviescommissie Samenwerkingsschool, *Raakvlakken voor samenwerking*, 1991.

wijskundige gronden wordt samenwerking nagestreefd'.¹² In 2006 werd de Grondwet zodanig aangepast, dat een samenwerkingsschool mogelijk zou moeten kunnen worden gemaakt middels (onderwijs)wetgeving. De regering meent in de memorie van toelichting dat er is sprake van een maatschappelijke behoefte met betrekking tot samenwerkingsscholen. Deze behoefte kan volgens de regering op verschillende motieven berusten, zoals het voorzien in voldoende leerlingenpotentieel, principiële redenen of het aanbieden van een breder onderwijsaanbod.¹³ Bij de Eerste Kamer ligt op dit moment een wetsvoorstel¹⁴ dat de strekking heeft de samenwerkingsschool in de onderwijswetgeving te regelen.

In deze bijdrage worden de aanpassing van art. 23 lid 4 Gw met betrekking tot de samenwerkingsschool en het wetsvoorstel inzake de samenwerkingsschool besproken. Het wetsvoorstel strekt zich uit over het primair onderwijs, speciaal onderwijs en voortgezet onderwijs. De regeling van de samenwerkingsschool is in het wetsvoorstel ten aanzien van deze drie sectoren vrijwel identiek. Daarom beperk ik mij tot de verwijzingen naar het wetsvoorstel, voor zover het strekt tot wijziging van de WPO. De centrale vraag van dit artikel is hoe de samenwerkingsschool zich verhoudt tot de constitutionele uitgangspunten van het openbaar en bijzonder onderwijs.

De opbouw van dit artikel is als volgt. Eerst wordt in par. 2 stilgestaan bij de grondtrekken van ons duale onderwijsbestel, die in dit artikel als toetsingskader fungeren. Vervolgens wordt de parlementaire geschiedenis van de samenwerkingsschool besproken (par. 3). Hierna wordt, in relatie tot het gewijzigde art. 23 lid 4 Gw en het wetsvoorstel inzake de samenwerkingsschool, in par. 4 ingegaan op de constitutionele aspecten van de samenwerkingsschool. In par. 5 en par. 6 worden achtereenvolgens de rechtspositie van de leerling en het personeel binnen het wetsvoorstel besproken. Afgerond wordt met een conclusie in par. 7.

2. De grondtrekken van het duale onderwijsbestel

Openbaar onderwijs is op grond van art. 23 lid 3 Gw levensbeschouwelijke neutraal. Deze levensbeschouwelijke neutraliteit vloeit voort uit het beginsel van scheiding van kerk en staat. Het openbaar onderwijs gaat uit van de overheid. In het openbaar onderwijs mag om deze reden geen keuze tot uitdrukking komen voor een bepaalde geloofsrichting. Art. 23 lid 4 Gw schrijft voor dat er in elke gemeente van overheidswege voldoende algemeen vormend openbaar onderwijs¹⁵ in een genoegzaam aantal scholen moet worden gegeven. Dat het openbaar onderwijs van overheidswege

moet worden gegeven, betekent dat (het bestuur van) het openbaar onderwijs onder dominante overheidsinvloed moet staan. De woorden 'voldoend openbaar onderwijs in een genoegzaam aantal scholen' zien op de zogenoemde alomtegenwoordigheid van het openbaar onderwijs. Dit betekent niet dat in elke gemeente een openbare school moet staan. Volgens de tweede volzin van art. 23 lid 4 Gw kan volgens bij de wet te stellen regels afwijking van deze bepaling worden toegelaten indien tot het ontvangen van zodanig onderwijs (dus openbaar onderwijs) gelegenheid wordt gegeven. Dit voorschrift beoogt te voorkomen dat leerlingen verstoken blijven van de gelegenheid tot het ontvangen van openbaar onderwijs. Met deze tweede volzin geeft de Grondwet aan dat 'afwijking' van de eerste volzin mogelijk is. De eerste volzin moet dan ook in samenhang worden gelezen met de tweede volzin.

Het bijzonder onderwijs vormt de constitutionele tegenpool van het openbaar onderwijs. Deze tak van het duale bestel gaat uit van individuen en particuliere organisaties en wordt niet door het publiekrecht, maar door het privaatrecht en eigen voorschriften en statuten geregeld. De grondslag van het bijzonder onderwijs wordt gevormd door de in art. 23 lid 2 Gw vastgelegde vrijheid van onderwijs.

3. Parlementaire geschiedenis van de samenwerkingsschool¹⁶

Wetsvoorstellen 24 137 en wetsvoorstel 24 138

In het Regeerakkoord van het eerste Kabinet Kok werd een wettelijke regeling van de bestuurlijke vormgeving van de samenwerkingsschool aangekondigd.¹⁷ Vervolgens werd op 10 april 1995 het voorstel van Wet tot wijziging van de Wet op het basisonderwijs, de Interimwet op het speciaal onderwijs en het voortgezet speciaal onderwijs inzake samenwerkingsscholen ingediend.¹⁸ Dit voorstel beoogde het mogelijk te maken dat openbare en bijzondere scholen institutioneel fuseren tot één school, die openbaar en bijzonder onderwijs verzorgt. Het wetsvoorstel inzake de samenwerkingsschool beoogt een constructie mogelijk te maken waarin de gelijkwaardigheid van de positie van openbare en bijzondere partners bij de deelname aan de samenwerkingsschool gewaarborgd is.

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel ontstond er een discussie over de vraag of een wettelijke regeling van de samenwerkingsschool een aanpassing van de Grondwet vergde. De Onderwijsraad heeft in 1994 over het wetsvoorstel een advies uitgebracht.¹⁹ De Raad achtte een wijziging van de Grondwet nodig voordat een wettelijke regeling van de samenwerkingsschool als voorgesteld

12. Tijdelijke Adviescommissie Samenwerkingsschool 1991, p. 21.

13. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 081, nr. 3, p. 1.

14. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 134, nr. 1-3 (Wijziging van enkele onderwijswetten inzake de samenwerkingsschool).

15. Behalve het primair onderwijs, kan hieronder ook het leerplichtig voortgezet onderwijs worden gerekend: C.W. Noorlander, *Recht doen aan leerlingen en ouders. De rechtspositie van leerlingen en ouders in het primair en voortgezet onderwijs* (diss. Amsterdam VU), Wolf Legal Publishers 2005, p. 41.

16. Zie over de parlementaire geschiedenis van de samenwerkingsschool tot 1998: Huisman 2002, p. 77-142.

17. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 715, nr. 11, p. 29.

18. *Kamerstukken II* 1994/95, 24 137, nr. 1-2. De hieraan equivalenten wetten die op dit moment gelden zijn: Wet op het primair onderwijs (WPO), Wet op de expertisecentra (WEC) en de Wet op het voortgezet onderwijs (WVO).

19. Onderwijsraad, *Wijziging Wbo, ISOVO en Wvo inzake bestuursvorm openbaar onderwijs en samenwerkingsscholen*, Den Haag: Onderwijsraad 1994.

mogelijk zou zijn, een opvatting die ook de Raad van State was toegevoegd.²⁰

Het wetsvoorstel 24 137 werd in 1998 in die zin gewijzigd dat het werd gesplitst in een wetsvoorstel 24 138²¹ inzake de bestuursvorm van het openbaar onderwijs en een afgeslankt wetsvoorstel 24 137²² inzake de samenwerkingscholen.

Wetsvoorstel 24 138 bereikte het *Staatsblad*. In deze wet werd de mogelijkheid tot samenwerking tussen openbaar en bijzonder onderwijs beperkt tot samenwerking op bestuurlijk niveau.²³

Tegen het (afgeslankte) wetsvoorstel inzake de samenwerkingsschool bleven vanuit de Tweede Kamer en de Raad van State grondwettelijke bezwaren bestaan, met name omdat in de samenwerkingsschool het openbaar onderwijs niet van overheidswege zou worden gegeven en de vrijheid van richting niet zou zijn gewaarborgd daar de benoemingsvrijheid van het bijzonder onderwijs in gevaar zou kunnen komen. De regering trok dit wetsvoorstel vervolgens in.

Advisering Onderwijsraad

Vervolgens werd de Onderwijsraad door de Regering gevraagd hoe art. 23 Gw kan worden gewijzigd om de bestuurlijke vormgeving van de samenwerkingsschool wettelijk te kunnen regelen, zodanig dat aan grondwettelijke bezwaren kan worden tegemoetgekomen.²⁴

De Onderwijsraad stelde voor om art. 23 lid 4 Gw als volgt te doen luiden:

“In elke gemeente wordt van overheidswege openbaar algemeen vormend lager onderwijs gegeven in een genoegzaam aantal openbare scholen. Volgens bij de wet te stellen regels kan afwijking van deze bepaling worden toegelaten, mits tot het ontvangen van zodanig onderwijs, al dan niet in de vorm van een openbare school, gelegenheid wordt gegeven.”²⁵

De cursief gedrukte woorden geven de door de Onderwijsraad voorgestelde toevoegingen aan art. 23 lid 4 Gw weer. De wijziging ‘al dan niet in de vorm van een openbare school’ is nadrukkelijk bedoeld als constitutionele grondslag voor de samenwerkingsschool. Aan de voorwaarde van de tweede volzin van art. 23 lid 4 Gw kan nu evenzeer worden voldaan door het in stand houden van een samenwerkingsschool waarin zowel openbaar onderwijs wordt aangeboden als onderwijs dat uitgaat van een of meer richtingen van bijzonder onderwijs, aldus de Onderwijsraad.²⁶

Om te waarborgen dat de kenmerken van het duale bestel zo veel mogelijk behouden zou kunnen worden, dienen binnen een wettelijke vormgeving van de samenwerkingsschool naar het oordeel van de Onderwijsraad openbaar en bijzonder onderwijs – bezien vanuit die kenmerken – zo veel mogelijk en in gelijkwaardigheid tot hun recht te blijven komen.²⁷

Hiertoe zal een samenwerkingsschool niet anders dan door (ten minste) twee partijen in het leven geroepen kunnen worden, namelijk de gemeente als vertegenwoordiger van het openbaar onderwijs en een (andere) organisatie als vertegenwoordiger van het bijzonder onderwijs.

Het principe van (min of meer) gelijkwaardige samenwerking brengt volgens de Raad met zich mee dat de samenwerkingsschool niet in een publiekrechtelijke rechtsvorm gegoten kan worden.²⁸ De privaatrechtelijke rechtsvorm is dus wel mogelijk.

Ook zal de wet volgens de Onderwijsraad moeten specificeren in welke uitzonderingssituatie(s) de vorming van een samenwerkingsschool mogelijk is, waarbij de Onderwijsraad er nogmaals op wijst dat de samenwerkingsschool geen reguliere variant kan zijn. Dit brengt volgens de Raad onder meer met zich mee dat de samenwerkingsschool niet het resultaat kan zijn van schoolstichting, maar slechts van fusie ofwel opheffing van de ene school en uitbreiding van de andere met het onderwijs dat aan de opgeheven school werd gegeven.²⁹

De samenwerkingsschool dient naar het oordeel van de Onderwijsraad in principe voor de toepassing van wettelijke regels te worden aangemerkt als een bijzondere school, behoudens wanneer de wet expliciet anders bepaalt.

Wijziging art. 23 lid 4 Gw

Op 8 november 2001³⁰ werd door de regering een voorstel ingediend tot wijziging van art. 23 lid 4 Gw. Art. 23 lid 4 eerste volzin Gw zou – in lijn met het advies van de Onderwijsraad – moeten gaan bepalen dat in elke gemeente van overheidswege voldoende openbaar algemeen vormend lager onderwijs wordt gegeven in een genoegzaam aantal openbare scholen. De tweede volzin zou moeten voorschrijven dat volgens bij de wet te stellen regels afwijking van deze bepaling kan worden toegelaten, mits tot het ontvangen van zodanig onderwijs gelegenheid wordt gegeven, al dan niet in een openbare school. Dit wetsvoorstel werd aangenomen. De eerste lezing verscheen in 2002 in het *Staatsblad*.³¹ De tweede lezing verscheen in 2006.³² De invulling van de tweede volzin laat de Grondwet over aan de wetgever.³³

De regering acht het in het licht van de constitutionele opdracht ten aanzien van de zorg voor het onderwijs, de taak van de regering en van de wetgever om, voor zover de

20. Kamerstukken II 1994/95, 24 137, nr. A. p. 5-6.

21. Kamerstukken II 1994/95, 24 138, nr. 1-3.

22. Kamerstukken II 1994/95, 24 138, nr. 1-3.

23. Wet van 23 april 1998 tot wijziging van de Wet op het basisonderwijs, de Interimwet op het speciaal onderwijs en het voortgezet speciaal onderwijs en de Wet op het voortgezet onderwijs inzake bestuurlijke fusie tussen openbare en bijzondere scholen, *Stb.* 1998, 294.

24. Kamerstukken II 1997/98, 26 024, nr. 10, p. 63.

25. Onderwijsraad, *Samen verder. Advies inzake de samenwerkingsschool*, Den Haag: Onderwijsraad 2000, p. 13.

26. Onderwijsraad 2000, p. 14.

27. Onderwijsraad 2000, p. 14.

28. Onderwijsraad 2000, p. 16.

29. Onderwijsraad 2000, p. 15.

30. Kamerstukken II 2001/2, 28 081, nr. 1-2.

31. Wet van 27 maart 2002, *Stb.* 2002, 171.

32. Wet van 16 maart 2006, *Stb.* 2006, 170.

33. Kamerstukken II 2001/02, 28 081, nr. 3, p. 4.

Grondwet dat toestaat, de voorwaarden te creëren voor het in vrijheid ontplooiën van de behoefte met betrekking tot vormen van samenwerking tussen openbare en bijzondere scholen. Naar het oordeel van de regering zal de wetgever, mits het ontvangen van openbaar onderwijs is gewaarborgd, het ontstaan van samenwerkingsscholen moeten beperken noch moeten stimuleren.³⁴

Samenwerkingsscholen kunnen volgens de regering een alternatief zijn voor de scholen die thans pretenderen openbaar én bijzonder onderwijs aan te bieden. Tevens kunnen zij een functie hebben voor scholen die met opheffing worden bedreigd. Maar ook om andere redenen kan er behoefte zijn aan een samenwerkingsschool, bijvoorbeeld om principiële redenen of om een breder onderwijsaanbod te kunnen garanderen. Ook kan door het stichten van een samenwerkingsschool in voorkomend geval worden voorkomen dat het openbaar onderwijs verdwijnt, namelijk in die situatie waarin een bestaande openbare school zonder wettelijke mogelijkheid omwille van de samenwerking met een bijzondere school zou worden omgezet naar een bijzondere (algemeen bijzondere) school.³⁵

Met het voorstel wordt beoogd te waarborgen dat enerzijds het duale onderwijsbestel gehandhaafd blijft, terwijl anderzijds uit de Grondwet blijkt dat openbaar onderwijs niet altijd in openbare scholen hoeft te worden gegeven.

Wetsvoorstel 32 134

In 2010 is er (opnieuw) een wetsvoorstel ingediend voor een wettelijke regeling van de samenwerkingsschool, die aansluit bij de herziening van art. 23 lid 4 Gw.³⁶ Een samenwerkingsschool wordt omschreven als een school waarin zowel openbaar onderwijs als bijzonder onderwijs wordt aangeboden. Dit laat volgens de memorie van toelichting onverlet dat bijzondere scholen waarin onderwijs van meer richtingen wordt aangeboden, in de praktijk soms ook als samenwerkingsschool worden aangeduid. De wetgever hoeft hiervoor echter geen regels te stellen.³⁷ Zeer recent is het wetsvoorstel inzake de wettelijke regeling van de samenwerkingsschool door de Eerste en Tweede Kamer bij wet van 26 mei 2011 aanvaard.³⁸

Op de Grondwetwijziging van art. 23 lid 4 Gw en de wettelijke regeling van de samenwerkingsschool gaan de volgende paragrafen nader in.

4. Constitutionele aspecten

Het Nederlands onderwijsbestel heeft, zo bleek in par. 2, een duaal karakter: het bestaat uit openbaar en bijzonder onderwijs. Openbaar en bijzonder onderwijs vullen elkaar

volgens Vermeulen en Zoontjens aan als Yin en Yang uitluitende en completerende takken.³⁹

Grondwettelijke bezwaren vanuit de literatuur

De samenwerkingsschool staan op gespannen voet met de uitgangspunten van het duale bestel. Het duale bestel kent immers naast het openbaar en het bijzonder onderwijs geen mengvormen (*tertium non datur*). Bij het samenwerkingsbestuur is het mogelijk om een organisatorische scheiding te realiseren tussen de onder het samenwerkingsbestuur ressorterende scholen voor openbaar en bijzonder onderwijs. Op deze manier kan er mogelijk nog voldoende recht worden gedaan aan het verschil in karakter tussen deze scholen.⁴⁰ Binnen de samenwerkingsschool is een dergelijke organisatorische scheiding niet mogelijk.

In dat verband kan ook worden gewezen op in een advies van de Onderwijsraad uit 1996 over een voorstel inzake de samenwerkingsschool. Daarbij kwam de Onderwijsraad tot de conclusie dat de organisatiestructuur van de school en de inhoud van het onderwijs zodanig met elkaar zijn verbonden dat de pretentie dat in het verband van één school zowel openbaar als bijzonder onderwijs gegeven kan worden niet kan worden waargemaakt. Ook de Onderwijsraad heeft zich eerder op het standpunt gesteld dat het maken van een onderscheid tussen de organisatiestructuur van de school en de inhoud van het onderwijs vanuit het perspectief van art. 23 Gw kunstmatig en geforceerd is. Een scheiding tussen vorm en inhoud is slechts dan voorstelbaar, indien uit de statuten zou blijken dat de samenwerkingschool een doublure is van het openbaar onderwijs. In de praktijk is dat volgens de Onderwijsraad niet te verwezenlijken.⁴¹

Ook Vermeulen meent op grond van de basisstructuur van het duale stelsel, de onderscheiden wezenskenmerken van het openbaar en het bijzonder onderwijs of de eenduidige koppeling tussen organisatiestructuur en onderwijsinhoud zozeer kan worden losgelaten dat de pretentie waargemaakt kan worden dat beide typen onderwijs in het verband van één school (die een openbare school noch een bijzondere school is) gegeven kunnen worden. De toenmalige Grondwet biedt die ruimte zijns inziens niet. Volgens Vermeulen wordt het openbaar onderwijs niet alleen gekarakteriseerd door de onderwijsinhoud, maar ook door bestuurlijk-organisatorische kenmerken.^{42,43}

Hieronder zal duidelijk worden dat er in het wetsvoorstel inzake de samenwerkingsschool diverse waarborgen zijn

40. B.P. Vermeulen, *Constitutioneel onderwijsrecht*, Den Haag: Elsevier 1999, p. 35.

41. Onderwijsraad, *Wetsvoorstel samenwerkingsscholen (Advies OR 96000070/Alg.)*, Den Haag: Onderwijsraad 1996, p. 34-36.

42. Vermeulen 1999, p. 34.

43. De Raad van State meende in lijn hiermee: 'Het wetsvoorstel komt erop neer dat de band tussen de overheid enerzijds en openbaar onderwijs anderzijds losser wordt gemaakt; openbaar onderwijs kan in door de wet te regelen gevallen ook in een niet-openbare school, dus niet van overheidswege worden gegeven. (...) Volgens de bestaande opvattingen over art. 23 Gw zijn niet slechts de inhoudelijke kenmerken bepalend voor de kwalificatie openbaar onderwijs, maar ook de organisatiestructuur waarin dit onderwijs wordt aangeboden.' *Kamerstukken II* 2001/02, 28 081, nr. A, p. 8.

34. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 081, nr. 3, p. 1.

35. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 081, nr. 3, p. 4.

36. *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 134, nr. 1-3.

37. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 081, nr. 3, p. 4.

38. *Stb.* 2011, 287.

39. B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, 'De Awb en de bijzondere wetgever', in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, *De Awb en de bijzondere wetgeving*, *Preadvies VAR*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 59.

opgenomen voor voldoende invloed van de gemeente op het bevoegd gezag van de samenwerkingsschool. Deze eisen gaan minder verder dan de eisen die worden gesteld aan de overheidsinvloed op de overheidsstichting, maar gaan grosso modo even ver als de garanties voor overheidsinvloed zijn opgenomen in de wettelijke regeling van het samenwerkingsbestuur.

Problematischer acht ik de relatie tussen deze figuur en twee basisbeginselen van onze rechtstaat:

- het beginsel van scheiding van kerk en staat;
- het beginsel van een herkenbare overheid.

Scheiding van kerk en staat

Scheiding tussen kerk en staat werd in ons land gerealiseerd met de Bataafse Omwenteling van 1795. Sindsdien gaat de grondstructuur van de Nederlandse constitutionele rechtsorde uit van het primaat van de individuele vrijheid en een daarmee correlerende optimale overheidsomhouding op wereldbeschouwelijk terrein.⁴⁴ Het beginsel van scheiding tussen kerk en staat is niet als zodanig in de Grondwet of enige ander wet neergelegd. Het kan wel worden herleid tot de Grondwet: gegarandeerde vrijheid van godsdienst (art. 6 Gw) en het recht op gelijke behandeling en non-discriminatie (art. 1 Gw). Ons onderwijsbestel was tot de grondwetsherziening van 2006, met haar tegenstelling tussen openbaar en bijzonder onderwijs, strikt langs de scheidslijn tussen kerk en staat georganiseerd. Openbaar onderwijs gaat uit van de overheid en is levensbeschouwelijk neutraal en algemeen toegankelijk. Bijzonder onderwijs gaat uit van particulieren en kan op basis van art. 23 lid 2 Gw juist uitgaan van een specifieke levensbeschouwelijke grondslag.

De samenwerkingsschool staat mijns inziens op gespannen voet met het beginsel van scheiding van kerk en staat, en meer in het bijzonder met het duale karakter van ons onderwijssysteem. Samenwerking van openbaar en bijzonder onderwijs binnen één school probeert, zoals Huisman terecht in zijn proefschrift over de samenwerkingsschool aangeeft, twee onverenigbare grootheden met elkaar te verenigen:

“Er is sprake van uitsluitende principes. Eén principe is dat de overheid een grote terughoudendheid betracht inzake het (regelen van) bijzonder onderwijs. Met name kan de overheid niet treden in de manier waarop godsdienst en levensbeschouwing in die scholen worden geuit of in het lesprogramma worden verwerkt. Het andere principe is dat de overheid juist geen terughoudendheid betracht waar het ‘de’ richting van het openbaar onderwijs betreft.”⁴⁵

Huisman vervolgt:

“Artikel 23 Grondwet heeft een waarborgfunctie: zowel ten opzichte van het openbaar onderwijs (dat wordt gegeven met eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging en bij wet wordt geregeld) als ten opzichte van het bijzonder onderwijs (dat wordt gegeven met eerbiediging door de wetgever van de vrijheid van richting).”⁴⁶

De door Huisman genoemde waarborgfunctie is binnen een school waarin op zijn hoogst onderscheid kan worden gemaakt tussen openbare en bijzondere ‘streams’ zeer lastig te realiseren.

Ook Vermeulen ziet grote problemen opdoemen vanuit de optiek van scheiding van kerk en staat en de constitutionele kenmerken van het openbaar onderwijs:

“(…) dat als niet een dusdanige organisatorische scheiding mogelijk is dat de ‘openbare’ eenheid onafhankelijk van de ‘bijzondere’ eenheid functioneert, voornoemde eisen met betrekking tot het openbaar onderwijs over de hele linie zullen moeten prevaleren. Dit betekent dat dan slechts sprake is van openbaar onderwijs, zodat de invloed van de overheid in het bestuur over de hele linie prevaleert (artikel 23 lid 4 Grondwet), het personeel op gelijke voet benoembaar moet zijn (artikel 3 Grondwet) en het onderwijs levensbeschouwelijk neutraal moet zijn (artikel 23 lid 3 Grondwet). Maar dan is er de facto geen sprake van bijzonder onderwijs. De stelling dat dat toch het geval is, is onaanvaardbaar. Dan immers zou openbaar onderwijs tegelijkertijd bijzonder onderwijs zijn, hetgeen in strijd is met het duale karakter van het bestel. En dan zou de levensbeschouwelijk neutrale overheid pretenderen (ook) bijzonder onderwijs te (doen) geven, hetgeen in strijd is met het beginsel van scheiding van kerk en staat.”⁴⁷

En Hennekens meent:

“(…) [Bij de samenwerkingsschool; C.W. Noorlander] wordt niet voldaan aan de grondwettelijke eis van het te (onderscheiden) bijzonder en openbaar onderwijs. Het gaat juist om het verschil in benadering van waaruit het onderwijs gegeven wordt. Het ene onderwijs berust op het klassieke vrijheidsrecht om vanuit zijn levensovertuiging anderen te vormen, het ander dient zich neutraal te presenteren en vindt juist niet zijn grondslag in de vrijheid van onderwijsrichting.”⁴⁸

Volgens Hennekens verdraagt het zich dan ook:

“ten principale niet met het karakter, de aard of identiteit van het bijzonder onderwijs enerzijds en openbaar

44. B.P. Vermeulen, ‘Wie bepaalt de reikwijdte van grondrechten?’, *R&R* 1992, p. 24.

45. Huisman 2002, p. 275.

46. Huisman 2002, p. 275.

47. Vermeulen 1999, p. 34.

48. H.Ph.J.A.M. Hennekens, ‘Het onderwijs: een aanhoudende zorg van Grondwet tot praktijk (II)’, *Gst.* 1994, afl. 6986, p. 202-203.

onderwijs anderzijds dat een 'gemengd' bijzonder-openbaar-onderwijstype ontwikkeld zou worden.⁴⁹

Het beginsel van de herkenbare overheid

In het verlengde van het bovenstaande staat de samenwerkingsschool ook op gespannen voet met het *beginsel van een herkenbare overheid*. Bij dit beginsel gaat het om de doorzichtigheid en overzichtelijkheid van het openbaar bestuur.⁵⁰ Dit beginsel is door Zijlstra naar voren gebracht en beschreven in zijn proefschrift over zelfstandige bestuursorganen.⁵¹ Hij leidt dit beginsel af uit het beginsel van wetmatigheid van bestuur.⁵² Het openbaar onderwijs is als gepretendeerd overheidsonderwijs binnen de constructie van de samenwerkingsschool zeer lastig herkenbaar. Zo is sprake van een beperkte invloed door de gemeente op het pseudo-openbaar onderwijs van de samenwerkingsschool, is het personeel dat ingezet wordt binnen de 'openbare stream(s)' – gelijk als het personeel dat werkzaam is binnen de 'bijzondere streams' – in dienst op basis van een arbeidsovereenkomst, zijn publiekrechtelijke normen, zoals art. 1 Gw (betreffende gelijkheid en non-discriminatie) en art. 3 Gw (betreffende gelijke benoembaarheid in de openbare dienst), op de arbeidsverhouding van het personeel van de 'openbare streams' niet van toepassing en wordt de Awb op grond van het voorgestelde art. 17a lid 8 WPO zelfs volledig uitgeschakeld ten aanzien van de verhouding tussen het bevoegd gezag en de leerlingen van ook de 'openbare streams'.

Vanwege de scheiding van kerk en staat en de onherkenbaarheid van het openbaar onderwijs van een samenwerkingsschool kan dit niet worden gezien als een openbaar onderwijs in de zin van de Grondwet en gaat het ook bij dit 'pseudo-openbaar onderwijs' om bijzonder onderwijs. Over de gehele linie is de samenwerkingsschool om deze reden een bijzondere school.⁵³ Hoe met dit uitgangspunt moet worden omgegaan, zal in dit artikel nader worden onderbouwd.

Het openbaar onderwijs dat uitgaat van de samenwerkingsschool is dan geen openbaar onderwijs meer in de zin van art. 23 Gw, maar op zijn hoogst 'pseudo-openbaar onderwijs'. De consequentie hiervan is dat het juridische regime voor het bekostigd bijzonder onderwijs *direct van toepassing* is op de samenwerkingsschool en niet van een *overeenkomstige toepassing*, zoals het voorgestelde art. 17b lid 8 WPO stelt. Met de frase 'tenzij het tegendeel blijkt' kan vervolgens alleen worden gedoeld op bepalingen die in een expliciete zin bepaalde essentialia van het openbaar onderwijs transponeren naar het pseudo-openbaar onderwijs van de samenwerkingsschool en niet op de overige algemene bepalingen in de onderwijswetgeving, die louter voor het openbaar onderwijs gelden; er is immers geen sprake van openbaar onderwijs in de zin van art. 23 Gw.

Beoordeling van de wijziging van art. 23 lid 4 Gw

Ook de verhouding tussen de figuur van de samenwerkingsschool en de alomtegenwoordigheid van het openbaar onderwijs ex art. 23 lid 4 Gw is in de literatuur voorwerp van debat geweest. De eerste volzin van art. 23 lid 4 Gw bepaalt dat in elke gemeente voldoende openbaar algemeen vormend lager onderwijs moet worden gegeven in 'een genoegzaam aantal openbare scholen'.

Volgens de memorie van toelichting laat de tekst van art. 23 Gw, en in het bijzonder lid 4, zo veel mogelijk in stand. Het voorstel laat de uitleg van lid 4, voor zover ongewijzigd, dan ook volledig overeenstemmen. De eerste volzin van het voorgestelde lid 4 bevat de belangrijke waarborg dat in elke gemeente voldoende openbaar algemeen vormend lager onderwijs moet worden gegeven in 'een genoegzaam aantal openbare scholen'. In de context van het huidige lid 4 is duidelijk dat hiermee openbare scholen worden bedoeld.

Art. 23 lid 4 Gw bepaalt sinds 2006: 'Volgens bij de wet te stellen regels kan afwijking van deze bepaling worden toegelaten, mits tot het ontvangen van zodanig onderwijs gelegenheid wordt gegeven al dan niet in een openbare school.'

De Raad van State wijst er in dit kader terecht op dat het openbaar onderwijs van een samenwerkingsschool geen openbaar onderwijs is, zoals bedoeld in art. 23 lid 3 en 4 Gw.

"Het wetsvoorstel gaat uit van een ander begrip 'openbaar onderwijs' dan datgene wat vanuit het perspectief van de Grondwet gebruikelijk is. Daarnaast wijst de Raad erop dat de doelstelling – behoud van het openbaar onderwijs – slechts gedeeltelijk kan worden waargemaakt; openbaar onderwijs in een samenwerkingsschool is niet hetzelfde als openbaar onderwijs in een openbare school."⁵⁴

Een en ander klemmt ook met de interpretatie van art. 23 lid 4 Gw die lange tijd heeft gegolden. Zo stelde de memorie van toelichting bij art. 16 lid 1 van de Schoolwet van 1878, dat vrijwel dezelfde formulering bevat als art. 23 lid 4 Gw, dat de ratio legis van de tekst is:

"dat geen kind, dat de openbare school wil bezoeken, van de gelegenheid daartoe verstoken zij, zodat men niet het oprigten van openbare scholen mag nalaten, omdat men berekent dat het bijzonder onderwijs in de behoefte zal voorzien."⁵⁵

Nu zou men kunnen betogen dat het al te dogmatisch en star is om bij de uitleg van de tweede volzin van art. 23 lid 4 Gw strikt vast te houden aan de traditionele uitleg van het

49. Hennekens 1994, p. 205.

50. S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat* (diss. Rotterdam), Den Haag: VUGA 1997, p. 139.

51. Zijlstra 1997.

52. Zijlstra 1997, p. 139.

53. Noorlander 2005, p. 293 e.v.

54. Kamerstukken II 2001/02, 28 081, nr. A, p. 8.

55. Kamerstukken II 1977/78, 130, nr. 3, p. 13. Deze interpretatie bleef ook later tijdens de pacificatie overeind. Zie hierover onder meer: D. Mentink, *Openbaar onderwijs als kerntaak van overheidszorg. De ontstaansgeschiedenis van artikel 23 lid 4 van de Grondwet en de bestuurlijke vormgeving van het openbaar onderwijs*, Den Haag: Het Instituut voor Onderzoek van het Onderwijs 1995, p. 25-28.

begrip 'openbaar onderwijs'. Ondanks dat de historische interpretatiemethode ook vandaag nog als een van de belangrijkste interpretatiemodaliteiten van art. 23 lid 4 Gw geldt, heeft de (parlementaire) totstandkomingsgeschiedenis van art. 23 Gw gedurende de schoolstrijd uiteraard geen eeuwigheidswaarde. De visie op de Grondwet, en daarmee ook art. 23 Gw, evolueert in de loop der tijd en daar is op zichzelf niets mis mee. Hierbij merk ik op dat de historische interpretatiemethode geen antwoord verschaft op strijdvragen waarvan de toenmalige grondwetgever het bestaan niet bevroedde.⁵⁶

Van cruciaal belang is hierbij dat een samenwerkingschool alleen kan worden opgericht, wanneer daarmee de continuïteit van het openbaar of het bijzonder onderwijs gehandhaafd kan blijven; de samenwerkingschool is dus een figuur voor uitzonderingssituaties. Anders gezegd: wanneer de laatste openbare school van een gemeente met opheffing wordt bedreigd, dan is de kans niet onaanzienlijk dat een samenwerkingschool, waarin 'pseudo-openbaar onderwijs' wordt gegeven voor leerlingen en/of ouders die openbaar onderwijs wensen, een betere optie is dan helemaal geen openbaar onderwijs in de gemeente en het bijvoorbeeld aangewezen zijn op openbaar onderwijs in een andere gemeente. Aan een wat lossere band van het openbaar onderwijs van de samenwerkingschool met de gemeente of het ontbreken van gelijke benoembaarheid van het personeel, zullen veel ouders zich dan niet erg storen. Hiermee wordt ook aangesloten bij de ontwikkeling binnen onderwijsbestel waarbinnen het algemeen toegankelijk bijzonder onderwijs – dat een groot deel van het totale scholenbestand binnen het bijzonder onderwijs vormt – sinds de ontzuiling zeer belangrijk is geworden en vaak ook als alternatief fungeert voor het openbaar onderwijs.

Verwarrend is echter wel dat het wetsvoorstel zelf stelt dat binnen de samenwerkingschool bijzonder en openbaar onderwijs wordt aangeboden en dat de regering in een belangrijk deel van de parlementaire geschiedenis deze mening lijkt toegedaan. Dat kan onderwijsconstitueel als behoorlijk problematisch worden geacht.

Van der Ham diende op 28 januari 2011 een amendement⁵⁷ in met als strekking de beperking voor oprichting van een samenwerkingschool uit het wetsvoorstel te schrappen. Hierdoor is het volgens Van der Ham aan de vrije keuze van de rechtspersonen die een openbare en een bijzondere school in stand houden om over te gaan tot samenwerking. Van der Ham is in de toelichting op het amendement van mening dat de samenwerkingschool niet alleen een praktische oplossing biedt voor scholen die onder de opheffingsnorm dreigen te zakken, maar ook om positieve redenen, zoals bijvoorbeeld kwaliteit of onderwijskundige ideeën nagestreefd kan worden.⁵⁸ Dit amendement heeft het in de Tweede Kamer niet gehaald.

Dat laatste wordt door mij zeker positief beoordeeld. Ik ben een groot tegenstander van een zodanig ruime regeling van de samenwerkingschool, dat deze niet alleen voor uitzonderingssituaties, maar ook als normale bestuursvorm mogelijk is. Een en ander zou ik zeker als onaanvaardbare aantasting beschouwen van de grondbeginselen waar art. 23 Gw op stoelt. Door de samenwerkingschool als reguliere bestuursvorm te accepteren, zou men bovendien moeten vrezen dat het begrip 'openbaar onderwijs' sterk aan inflatie onderhevig raakt.

Uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat het duale bestel niet mag worden uitgehold.⁵⁹ In het wetsvoorstel zijn diverse waarborgen opgenomen die de dualiteit van ons onderwijsbestel beogen te waarborgen. Het gaat daarbij zowel om het waarborgen voor het behoud van het aanbod en het karakter van het openbaar onderwijs als om waarborgen voor behoud van de vrijheid van het bijzonder onderwijs.

(Constitutionele) waarborgen

Er zijn in verband met het vorenstaande drie categorieën (constitutionele) waarborgen te onderscheiden:

- waarborgen die zowel het openbaar als het bijzonder onderwijs betreffen;
- waarborgen die enkel het openbaar onderwijs betreffen;
- waarborgen die enkel het bijzonder onderwijs betreffen.

Ik ga op deze categorieën achtereenvolgens in:

Waarborgen betreffende het openbaar en het bijzonder onderwijs

In de *eerste plaats* kan een samenwerkingschool uitsluitend tot stand komen indien daardoor de continuïteit van het openbaar of het bijzonder onderwijs gehandhaafd kan blijven en de school daardoor niet onder de opheffingsnormen blijft of geraakt (vergelijk art. 17d lid 2 eerste volzin WPO). In dat laatste geval toont het bevoegd gezag aan de hand van een prognose van de ontwikkeling van het aantal leerlingen aan dat de school binnen een termijn van zes jaar onder de opheffingsnormen dreigt te geraken. Het in gevaar komen van de continuïteit is een open norm, maar een open norm die geclausuleerd is.⁶⁰ Het handhaven van de continuïteit betreft immers uitsluitend het kunnen voldoen aan de opheffingsnormen. Met deze bepaling wordt beoogd het uitzonderingskarakter van de samenwerkingschool tot uitdrukking te brengen.⁶¹

In de *tweede plaats* is op grond van art. 17d lid 7 WPO overdracht, opheffing of fusie van de samenwerkingschool en wijziging van de statuten van de stichting die de samen-

56. Vermeulen 1999, p. 23.

57. het wetsvoorstel zoals verzonden naar de Eerste Kamer: *Kamerstukken I*, 32 134, nr. A.

58. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 134, nr. 18, p. 1-2; zie ook de besturenorganisatie voor het openbaar onderwijs VOS/ABB in dit verband in www.vosabb.nl/uploads/media/Samenwerkingschool.pdf.

59. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 134, nr. 3, p. 3.

60. Huisman 2002, p. 279.

61. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 134, nr. 3, p. 3. Een interessante vraag is wat er zou moeten gebeuren wanneer de bijzondere of de openbare 'tak' van de samenwerkingschool weer dusdanig zou groeien dat vanuit de optiek van de opheffingsnormen de openbare school en de bijzondere school weer afzonderlijk in stand kunnen worden gehouden. Moet de samenwerkingschool dan ophouden te bestaan? Wanneer men consequent vanuit de ratio van het huidige wetsvoorstel redeneert, meen ik van wel.

werkingsschool in stand houdt, slechts mogelijk na instemming van de gemeenteraad van de gemeente waar de samenwerkingsschool gevestigd is, en de rechtspersoon, bedoeld in lid 5.

In de *derde plaats* formuleert art. 17d lid 6 WPO de vereisten waaraan de statuten minimaal dienen te voldoen. Hierbij is zo veel mogelijk aangesloten bij de voorschriften die de onderwijswetgeving op dit vlak biedt omtrent de stichting die een openbare school in stand houdt, en het samenwerkingsbestuur. De statuten dienen in ieder geval een regeling te bevatten omtrent onder meer:

- het doel van de stichting, waarin in elk geval is opgenomen het geven van openbaar onderwijs en bijzonder onderwijs binnen een samenwerkingsschool (onderdeel a);
- de samenstelling, werkwijze en inrichting van het bestuur van de stichting, met dien verstande dat in de statuten wordt voorzien in een evenwichtige zeggenschapsverdeling wat betreft openbaar onderwijs onderscheidenlijk bijzonder onderwijs dat wordt gegeven binnen de samenwerkingsschool (onderdeel b).

In de *vierde plaats* dient op grond van art. 17d lid 10 WPO een geschil tussen een bestuursorgaan van de gemeente en de rechtspersoon, bedoeld in lid 5, omtrent het toezicht op de samenwerkingsschool en omtrent de uitlegging van de statuten van de stichting die de samenwerkingsschool in stand houdt, te worden voorgelegd aan een geschillencommissie, bestaande uit een of meer door de gemeenteraad van de gemeente waar de samenwerkingsschool gevestigd is, en de rechtspersoon in onderling overleg aangewezen deskundigen.

In de *vijfde plaats* dient in het schoolplan en in de schoolgids te worden aangegeven op welke wijze invulling wordt gegeven aan het openbare karakter onderscheidenlijk de identiteit voor zover het betreft een samenwerkingsschool.⁶²

Uit verschillende van de zojuist besproken bepalingen blijkt dat wordt beoogd om het openbaar en bijzonder onderwijs van de samenwerkingsschool zo veel mogelijk gelijkwaardig te laten zijn. Huisman is niettemin van oordeel dat een dergelijke (wettelijk geregelde) gelijkwaardigheid (constitutioneel) onmogelijk is.⁶³ Ik denk dat goede afspraken tussen de openbare en bijzondere tak van de samenwerkingsschool ervoor kunnen zorgen dat veel, met name levensbeschouwelijk getinte, problemen voorkomen kunnen worden. Het is echter zeker niet ondenkbaar dat er zich onverkwikkende situaties kunnen voordoen waarin de beoogde gelijkwaardigheid vrijwel niet is te handhaven. Hierbij kan worden gedacht aan een voorbeeld dat Huisman noemt, namelijk dat er een geschil ontstaat over het al dan niet vieren van religieuze (in het voorbeeld van Huisman: Katholieke) festiviteiten.⁶⁴ Dit laat op treffende wijze zien

hoezeer de samenwerkingsschool schuurt tegen de scheiding van kerk en staat en de dualiteit van ons onderwijsbestel.

Zoals hiervoor aangegeven dient de samenstelling, werkwijze en inrichting van het bestuur van de stichting, zodanig te zijn dat in de statuten wordt voorzien in een evenwichtige zeggenschapsverdeling wat betreft openbaar onderwijs en het bijzonder onderwijs dat wordt gegeven binnen de samenwerkingsschool.

De Raad van State had destijds bezwaren tegen deze constructie vanuit de optiek van een *overheersende overheidsinvloed op de samenwerkingsschool*, omdat de verantwoordelijkheid voor het openbaar onderwijs dan wordt opgedragen aan een bestuur dat gedeeltelijk ook vertegenwoordigers van de deelnemende richtingen zou bevatten.⁶⁵ Uitgaande van het begrip 'overwegende overheidsinvloed', zoals de bestuursrechter in ambtenarenzaken dat hanteert in het kader van de kwalificatie van een privaatrechtelijke organisatie als een openbare dienst in de zin van art. 1 Ambtenarenwet (AW), is dat inderdaad problematisch (zie hierna). Opgemerkt moet echter wel worden dat ook bij het samenwerkingsbestuur de gemeente geen invloed heeft op de samenstelling van het bestuur.⁶⁶

Waarborgen betreffende (enkel) het 'openbaar onderwijs'

Een waarborg die enkel het openbaar onderwijs betreft, is opgenomen in het voorgestelde art. 17d lid 3 WPO. Op basis van deze bepaling is een samenwerkingsschool toegankelijk voor alle leerlingen zonder onderscheid naar godsdienst of levensovertuiging.

De gemeenteraad van de gemeente waarin de samenwerkingsschool gevestigd is, dient in art. 17d lid 9 WPO in geval van ernstige taakverwaarlozing door het bestuur of functioneren in strijd met de wet, voor zover het openbaar onderwijs betreft, de maatregelen te nemen die hij nodig acht om de continuïteit van het onderwijsproces te waarborgen voor zover het openbaar onderwijs betreft.

Men kan zich afvragen of de overheidsinvloed op het openbaar onderwijs van de samenwerkingsschool binnen het wetsvoorstel zodanig is dat deze 'overwegend' mag worden genoemd. Vanuit het perspectief van het begrip 'openbare dienst' dat door de bestuursrechter wordt gehanteerd in ambtenarenzaken kan hiervan niet worden gesproken. De

62. Hierdoor komt art. 12 WPO na de tweede volzin als volgt te luiden: 'In het schoolplan wordt aangegeven op welke wijze invulling wordt gegeven aan het openbare karakter onderscheidenlijk de identiteit voor zover het betreft een samenwerkingsschool.'

63. Huisman 2002, p. 279.

64. Huisman 2002, p. 279.

65. *Kamerstukken II* 1994/95, 24 137, nr. A, p. 5.

66. Huisman bekritiseert dit: Huisman 2002, p. 153-154.

Centrale Raad van Beroep heeft aangegeven dat een stichting tot de openbare dienst behoort indien op grond van haar statuten blijkt van een overwegende invloed van de overheid op doelstelling, beheer en beleid. Dit wordt in de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep niet snel aangenomen.⁶⁷ Als men het aanwezig zijn van een overheersende overheidsinvloed beoordeelt aan de hand van de minimumeisen die art. 17 WPO stelt aan overheidsinvloed op het samenwerkingsbestuur, dan kan hier wel van worden uitgegaan. De leden van het samenwerkingsbestuur worden, in tegenstelling met de bestuursleden van de samenwerkingsschool, niet benoemd door de gemeente. Verder dienen de begroting en de jaarrekening van het overheidsstichting te worden vastgesteld (slechts) na overleg met de gemeenteraad.

De constitutionele garanties die zijn opgenomen in het wetsvoorstel zijn vanuit de optiek van de eerder in deze paragraaf besproken scheiding van kerk en staat en het beginsel van een herkenbare overheid dan ook onvoldoende om het 'openbaar onderwijs' van de samenwerkingsschool openbaar onderwijs te laten zijn in de zin van art. 23 Gw. Het is vanuit deze optiek onjuist om, zoals nu in het wetsvoorstel en de Kamerstukken bij het wetsvoorstel het gewijzigde art. 23 lid 4 Gw gebeurt, te spreken van openbaar onderwijs. Hierbij komt dat het tot uitdrukking brengen van de grondslag van het 'bijzonder' onderwijs van de samenwerkingsschool (middels bijvoorbeeld een kruisbeeld) zich niet goed verdraagt met het 'openbare karakter' van het 'openbaar onderwijs' van de samenwerkingsschool.

Openbaar onderwijs is op grond van art. 23 lid 3 Gw en art. 46 WPO levensbeschouwelijk neutraal. Het openbaar onderwijs van de samenwerkingsschool is geen openbaar onderwijs in de zin van art. 23 Gw. Bovendien verklaart het voorgestelde art. 17a lid 8 WPO de voorschriften (en hierop gebaseerde uitvoeringsregelgeving) die het bijzonder onderwijs betreffen *van overeenkomstige toepassing* op de samenwerkingsschool. Levensbeschouwelijke neutraliteit is voor het openbaar onderwijs van de samenwerkingsschool dan ook geen vanzelfsprekendheid. Wil men bewerkstelligen dat het pseudo-openbaar onderwijs van de samenwerkingsschool een neutraal karakter heeft, dan zal men dit expliciet in het wetsartikel omtrent de samenwerkingsschool moeten stipuleren.

67. Zie bijvoorbeeld: CRvB 12 september 1985, TAR 1985/221; CRvB 22 oktober 1985, TAR 1985/252; CRvB 6 september 2007, TAR 2007/196 en voor literatuur over deze criteria: A. van Zutphen, *De rechtspositie van de ambtenaar*, Den Haag: VUGA 1991, p. 90 e.v.: Er zijn een viertal beoordelingscriteria: a. de overheid moet een overwegende invloed hebben op de samenstelling van het bestuur en de benoeming van bestuursleden; b. de overheid moet een belangrijke invloed hebben op de financiën; c. de overheid moet een rol spelen ten aanzien van het personeelsbeleid; d. een aantal besluiten moet door of namens de overheid worden goedgekeurd. H. Uhlenbroek, 'Ambtenaar of werknemer, is er nog verschil?', *Arbeidsrecht* 2001/4 is van mening dat er een drietal toetsingscriteria bestaat, te weten, doelstelling, beleid en beheer. Het verschil tussen beide auteurs is minimaal. Beide criteria kunnen worden toegepast.

Waarborg betreffende (enkel) het bijzonder onderwijs

Op grond van het voorgestelde art. 17d lid 5 WPO dient de rechtspersoon die de instandhouding van de bijzondere school heeft overgedragen, of zijn rechtsopvolger, dan wel een daartoe aangewezen rechtspersoon toezicht te houden op de identiteit, voor zover het betreft het bijzonder onderwijs in de samenwerkingsschool, overeenkomstig hetgeen is bepaald in de statuten van de stichting die de samenwerkingsschool in stand houdt.

De zojuist genoemde rechtspersoon kan ingevolge het voorgestelde art. 17d lid 9 WPO tweede volzin bij ernstige taakverwaarlozing door het bestuur of functioneren in strijd met de wet, voor zover het bijzonder onderwijs betreft, de maatregelen nemen die hij nodig acht om de continuïteit van het onderwijsproces te waarborgen voor zover het bijzonder onderwijs betreft.

Deze wettelijke waarborgen voor het bijzonder onderwijs laten onverlet dat de overheidsinvloed van de gemeente op het bestuur van een samenwerkingsschool niet goed verenigbaar is met de terughoudendheid die de overheid ten opzichte van het bijzonder onderwijs dient te betrachten. Vanuit de optiek van art. 23 lid 2 Gw bezien, zou ook bezwarend kunnen worden genoemd dat de beoogde (wettelijke geregelde) algemene toegankelijkheid van het onderwijs van de samenwerkingsschool op gespannen voet staat met de vrijheid van het bijzonder onderwijs om leerlingen op grondslag van de school te selecteren.⁶⁸

De onderwijswetgeving kent echter ook andere voorbeelden van situaties waarin een bijzondere school van andersgezinden enkel respect mag vragen voor de grondslag van de school in plaats van het volledig in woord en daad onderschrijven van de grondslag.

Zo bepaalt art. 40 lid 4 tweede volzin WPO: de toelating van een leerling van een basisschool tot een speciale school voor basisonderwijs van het samenwerkingsverband waaraan de basisschool deelneemt wordt niet geweigerd op denominatieve gronden, tenzij de ouders van leerling weigeren te verklaren dat zij de grondslag van de school zullen respecteren. Leerlingen kunnen blijkens de tenzij-clausule dus wel worden geweigerd als de ouders weigeren om te verklaren de grondslag van de school te respecteren.

Hoe dienen dit soort beperkingen van de toelatingsvrijheid van het bevoegd gezag van een bijzondere school nu worden beoordeeld in het licht van de vrijheid van onderwijs? De vrijheid van onderwijs is een grondrecht dat – zoals alle grondrechten – niet absoluut geldt. Beperkingen op dit grondrecht moeten vanuit het perspectief van bepaalde belangen toelaatbaar worden geacht. Omdat het onderwijsartikel tijdens de grondwetsherziening van 1983 buiten de beperkingssystematiek is gehouden, hoeven beperkingen van het klassieke grondrecht van de vrijheid van onderwijs niet per se op de wet te worden gebaseerd. Hierbij komt dat een bijzondere school door fusie met het openbaar onderwijs van een samenwerkingsschool afstand doet van een

68. Zie over dit recht: HR 22 januari 1988, NJ 1988/891 m.nt. Alkema; AB 1988/96 m.nt. F.H. van der Burg; RvdW 1988/19 (*Maimonides*).

grondrecht. Dat dit in casu wel is gebeurd moet worden toegejuicht, omdat met een beperking van de vrijheid van toelating een forse inbreuk wordt gemaakt op de vrijheid van onderwijs, die de kern raakt van dit grondrecht.

Nu is het niet de bedoeling dat de vrijheid van onderwijs al dan niet wettelijk te pas en te onpas wordt beperkt. Uitgangspunt dient naar mijn oordeel te zijn dat de vrijheid van onderwijs slechts op basis van zeer zwaarwegende gronden mag worden beperkt. Bij beperkingen van de vrijheid van onderwijs dient een zorgvuldige afweging plaats te vinden tussen de hiermee te dienen belangen en de belangen die de vrijheid van onderwijs probeert te beschermen, waarbinnen het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel een nuttige functie vervullen.⁶⁹ Het algemeen toegankelijk maken van de samenwerkingsschool vindt naar mijn oordeel voldoende rechtvaardiging in het uitzonderingskarakter van deze constructie, mede in het licht van de functie om te voorzien in een behoefte aan 'pseudo-openbaar onderwijs' in een gemeente, wanneer er geen 'normaal' openbaar onderwijs voorhanden is.

5. De rechtspositie van de leerling

5.1 Algemeen

Besluiten tot *toelating*, *schorsing* en *verwijdering* dienen binnen de traditionele bestuursvormen van openbaar onderwijs te worden opgevat als daden van openbaar gezag die zich manifesteren in een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb. Hiervan is ook sprake bij de op afstand geplaatste vormen van openbaar onderwijs, zoals het samenwerkingsbestuur en de openbare rechtspersoon. Bij de traditionele bestuursvormen geldt het bevoegd gezag (schoolbestuur) als een a-orgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 Awb, omdat deze bij publiekrechtelijk voorschrift worden ingesteld. Bij de verzelfstandigde vormen van openbaar onderwijs is er sprake van een b-orgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 Awb, omdat deze worden opgericht middels een privaatrechtelijke rechtshandeling.⁷⁰

Binnen het bijzonder onderwijs zijn beslissingen omtrent toelating, schorsing en verwijdering handelingen naar privaatrecht, omdat het bevoegd gezag geen bestuursorgaan is in de zin van art. 1:1 lid 1 Awb en de wettelijke regels van de onderwijswetgeving op dit vlak als bekostigingsvoorwaarden gelden en niet als algemeen verbindende publiekrechtelijke voorschriften.⁷¹

5.2 Rechtsbescherming van de leerling van de samenwerkingsschool in de literatuur

De samenwerkingsschool is een hybride figuur die zich sterk op het grensvlak begeeft van het openbaar en bijzonder onderwijs. De rechtsbescherming van de leerling is bij deze figuur niet a priori helder.

Omdat de samenwerkingsschool niet krachtens een publiekrechtelijke bepaling, maar op basis van het privaatrecht wordt ingesteld, geldt dat deze geen bestuursorgaan is in de zin van art. 1:1 lid 1 onderdeel a Awb. De vraag kan worden gesteld of de samenwerkingsschool bij de toelating tot het openbaar onderwijs van de school optreedt als een college dat met enig openbaar gezag is bekleed in de zin van art. 1:1 lid 1 onderdeel b Awb.

Bij beslissingen tot toelating of verwijdering (en schorsing) van een leerling tot een samenwerkingsschool is het volgens Vermeulen en Zoontjens niet bij voorbaat duidelijk of het hier om een besluit in de zin van de Awb handelt. Misschien zou dit anders zijn, wanneer een samenwerkingsschool het onderscheid zou maken tussen 'openbare' en 'bijzondere' jaargroepen/klassen. Ze vragen zich hierbij echter af of het wenselijk is om de toepasselijkheid van de Awb te laten afhangen van een dergelijke regeling, die niet per se behoeft te berusten op de wil om een openbare of bijzondere school intact te laten, maar die evengoed kan zijn voortgekomen uit onderwijskundige motieven en om dezelfde reden ook weer kan verdwijnen. Volgens Vermeulen en Zoontjens dient derhalve de toepasselijkheid van de Awb reeds te worden uitgesloten ten aanzien van beslissingen van het bevoegd gezag, die op het schoolniveau kunnen worden geordend.⁷² Ook de Onderwijsraad verdedigt dit standpunt.⁷³

Het bevoegd gezag van een bijzondere onderwijsinstelling treedt in bepaalde gevallen op als b-bestuursorgaan in de zin van de Awb. Denk hierbij aan de beoordeling van de directeur van de basisschool in de zin van art. 39 lid 3 Wpo omtrent de overgang naar het voortgezet onderwijs,⁷⁴ de verstrekking van getuigschriften met civiel effect⁷⁵ en het geven van een bindend studieadvies.⁷⁶ Voor het primair en voortgezet onderwijs is het bindend studieadvies uiteraard niet relevant. De getuigschriftverstrekking is op dit moment enkel relevant voor het voortgezet onderwijs.

Het is niet duidelijk in hoeverre Vermeulen en Zoontjens en de Onderwijsraad ervoor kiezen om de Awb ten aanzien van de besluitvorming van de samenwerkingsschool in zijn geheel buiten toepassing te verklaren, of alleen ten aanzien van beslissingen die op dit moment niet gelden als een besluit van het bevoegd gezag van een bijzondere school.⁷⁷ Bij een 'totale' buitentoepassingverklaring kunnen beslissingen

69. Zie hierover: C.W. Noorlander, 'De identiteit van het bijzonder onderwijs en toelating van leerlingen', *NTOR*, 2007, nr. 2, p. 17-18.

70. Noorlander 2005, p. 280-281.

71. Noorlander 2005, p. 269 e.v.

72. B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, 'Het algemene bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht', in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, *De Awb en de bijzondere wetgeving, Preadvies VAR*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 122.

73. Onderwijsraad, *Samen verder. Advies inzake de samenwerkingsschool*, Den Haag: Onderwijsraad 2000, p. 11.

74. Zie: over beoordelingsbeslissingen in het onderwijs uitgebreid: C.W. Noorlander, 'Rechtsbescherming tegen beoordelingsbeslissingen in het onderwijs', *JBPlus* 2007, nr. 1; B.P. Vermeulen & M.R. Poot, 'De Awb en het onderwijsrecht', in: T. Barkhuysen, e.a., *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Kluwer 2008, p. 375-365. En voor wat betreft de beslissing omtrent de overgang naar het voortgezet onderwijs: Noorlander 2007, p. 44; Vermeulen & Poot 2008, p. 358.

75. ABRvS 17 juli 2000, AB 2000/446 m.nt. B.P. Vermeulen.

76. Noorlander 2007, p. 44-45. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State was een andere opvatting toegedaan in: ABRvS 17 juli 2000, AB 2000/446 m.nt. B.P. Vermeulen.

77. Zie ook: Huisman 2002, p. 211.

van het bevoegd gezag van de bijzondere school, die op dit moment in de jurisprudentie nog als een besluit worden aangemerkt, niet meer als zodanig gelden.

Huisman toont zich voorstander van dit laatste. De eenduidigheid van de rechtsbescherming zou door de uitsluiting van de Awb worden vergroot, omdat de burgerlijke rechter in alle gevallen bevoegd is. De complexe problematiek, die thans bij het bijzonder onderwijs aan de orde is, betreffende de toepassing van de Awb, zou dan niet meer aan de orde zijn.⁷⁸

5.3 Eigen opvatting

Wanneer laatstgenoemd standpunt zou worden toegepast, zou er niets aan in de weg staan om door middel van een dergelijke uitsluitingsbepaling ook de besluiten in de zin van de Awb van 'traditionele' bevoegde gezagsorganen van bijzondere scholen van de werkingssfeer van de Awb uit te zonderen. Waarom zou immers de Awb hier dan nog wel moeten gelden? Dit alles lijkt mij echter niet nodig en zelfs niet wenselijk.

De eenvormigheid van de rechtsbescherming die een dergelijke clausule binnen de samenwerkingsschool zelf veroorzaakt, wordt namelijk overvleugeld door twee belangrijke nadelen: de onnodige afbreuk die wordt gedaan aan het beginsel van de dominantie van het publiekrecht binnen het openbaar onderwijs en aan de Awb-systematiek (zie hiervoor).

Omwille van de rechtszekerheid is het verstandig om de Awb ten aanzien van de samenwerkingsschool partieel buiten toepassing te verklaren ten aanzien van de rechtsbescherming van de leerling bij toelating, schorsing en verwijdering. Dit is natuurlijk met name van belang voor het 'pseudo-openbaar onderwijs' van de samenwerkingsschool. Voor het bijzonder onderwijs van de samenwerkingsschool is dit reeds het geval op basis van het huidige onderwijsrecht. Met het partieel buiten toepassing verklaren van de Awb ten aanzien van toelating, schorsing en verwijdering van de leerling van de samenwerkingsschool voorkomt men dat beslissingen van het bevoegd gezag, die op dit moment binnen het bijzonder onderwijs hebben te gelden als besluit in de zin van de Awb, dan niet meer als besluit hebben te gelden.

De laatste volzin van art. 17d lid 8 WPO bepaalt: 'De Algemene wet bestuursrecht is niet van toepassing voor zover het beslissingen betreft van de rechtspersoon die de samenwerkingsschool in stand houdt.'

Deze bepaling regardeert in principe dus enkel beslissingen van rechtspersonen. De besluitvorming van de directeur van de basisschool omtrent de overgang naar het voortgezet onderwijs blijft hiermee buiten de reikwijdte van deze bepaling. De toekenning van een getuigschrift binnen het voortgezet onderwijs wordt hiermee echter, omdat deze afkomstig is van de rechtspersoon als bevoegd gezag van de school, naar mijn oordeel ten onrechte buiten de Awb gemanoeuvreed.

78. Huisman 2002, p. 212.

Omdat de toelating binnen het openbaar en het bijzonder onderwijs van de samenwerkingsschool geldt als een privaatrechtelijke rechtshandeling, gaat de leerling van zowel het bijzonder als het openbaar onderwijs van de samenwerkingsschool bij de toelating met het bevoegd gezag van de samenwerkingsschool een privaatrechtelijke onderwijs-overeenkomst aan, waarop het privaatrechtelijk overeenkomstenrecht van toepassing is.⁷⁹

6. De rechtsbescherming van het personeel

Het personeel in dienst van een 'normale' bijzondere school is in dienst op basis van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Op grond van art. 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA)⁸⁰ behoeft de werkgever voor de opzegging van de arbeidsverhouding toestemming van het UWV WERKbedrijf. Het BBA is onder andere niet van toepassing op onderwijzend en docerend personeel, werkzaam aan onderwijsinrichtingen, staande onder beheer van een natuurlijk of rechtspersoon (zie art. 2 lid 1 onderdeel b BBA). Dit betekent dat de preventieve ontslagtoets niet van toepassing is op het onderwijzend personeel van bijzondere scholen. Het personeel kan tegen een ontslagbesluit (en een aantal andere besluiten in de rechtspositionele sfeer) opkomen bij een commissie van beroep.

Het personeel in dienst van een openbare school is ambtenaar in de zin van art. 1 AW. Op de ambtelijke rechtsverhouding zijn publiekrechtelijke normen zoals art. 1, 3 en 23 lid 3 Gw, de Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing.

Een samenwerkingsschool wordt voor de toepassing van de wettelijke bepalingen aangemerkt als een bijzondere school die uitgaat van een stichting, en waarbij het personeel werkzaam is op grond van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht (vergelijk art. 17d lid 4 WPO).⁸¹ Een gevolg van dit voorschrift is dat het bevoegd gezag van een samenwerkingsschool zich ten aanzien van zowel het personeel van zowel de bijzondere als de 'openbare streams' moet aansluiten bij een commissie van beroep. Hiermee sluit het wetsvoorstel aan bij de wettelijke regeling van de samenwerkingsbestuur (zie art. 17 lid 4 WPO).

De verantwoordelijkheid voor het personeelsbeleid ligt bij het bevoegd gezag. De memorie van toelichting wijst erop dat er kan worden gekozen voor twee typen personeelsbeleid. Zo kan bijvoorbeeld worden gekozen voor organisatorische differentiatie (waarbij het onderwijsaanbod per groep of per vak wordt gedifferentieerd) of voor een gedifferentieerd personeelsbeleid (om recht te doen aan een evenwichtige samenstelling van het personeelsbestand).⁸² Volgens de Onderwijsraad zal de (op zo'n vacature) ten behoeve van het onderwijs in de ene stroming benoemde ook

79. Noorlander 2005, p. 284.

80. Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, *Stcrt.* 2008, 53 (van 14 maart 2008), p. 16.

81. Hiervan zou ook zonder deze bepaling sprake zijn geweest: er is immers geen sprake van een openbare dienst in de zin van art. 1 AW.

82. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 134, nr. 3, p. 12.

inzetbaar moeten zijn voor onderwijs in de andere stroming.

De Onderwijsraad droeg in haar rapport *Samen Verder* aan dat aan de representanten van beide stromingen ten minste zoiets als een vetorecht ten aanzien van nieuw personeel gegund moet worden. Aldus wordt het mogelijke primaat van de ene stroming ter zake van een bepaalde functie nog niet doorbroken, terwijl anderzijds voorkomen wordt dat de andere stroming op termijn mogelijk geconfronteerd wordt met een personeelslid waartegen zij grote bezwaren heeft. De wet dient volgens de Onderwijsraad met het oog hierop op te dragen dat de statuten ter zake waarborgen neerleggen, waaronder de eis dat benoeming en ontslag van het personeel niet zal plaatsvinden als (een meerderheid van) de representanten van het openbaar dan wel het bijzonder onderwijs daartegen overwegende bezwaren hebben.⁸³

Volgens de memorie van toelichting zal bovengenoemd probleem zich in de praktijk naar verwachting nauwelijks voordoen. De memorie van toelichting wijst erop dat besturen immers bij de voorbereiding van een samenwerkingschool niet over één nacht ijs zullen gaan en de mogelijkheid van bedoelde problemen met het personeel hebben besproken en mogelijke oplossingen al hebben gezien. Overigens is de situatie volgens de memorie van toelichting vergelijkbaar met die van de bestuurlijke fusie van art. 17 WPO, een mogelijkheid die al geruime tijd bestaat.⁸⁴

Een wettelijk vetorecht, zoals door de Onderwijsraad voorgesteld ten aanzien van nieuw personeel, om te voorkomen dat openbaar respectievelijk bijzonder onderwijs wordt geconfronteerd met personeelsleden die het betreffende onderwijs niet geloofwaardig kunnen uitdragen, achtte de wetgever niet wenselijk: partijen kiezen gezamenlijk voor een samenwerkingsschool en kunnen onderling afspraken maken over het te voeren personeelsbeleid.⁸⁵

Wellicht heeft de memorie van toelichting gelijk waar het stelt dat in het leeuwendeel van de gevallen er goede afspraken zullen worden gemaakt omtrent de inzetbaarheid van het personeel van de 'openbare streams' en 'bijzondere streams'. Een functie van wetgeving is nu echter juist te voorkomen dat er ondoorzichtige of ongewenste juridische situaties ontstaan, ook als de kans dat een bepaald risico zich manifesteert maar klein is. Een en ander klemmt des te meer bij de samenwerkingsschool, omdat dit een complexe bestuursvorm is op het grensvlak van openbaar en bijzonder onderwijs. Een wettelijk vetorecht lijkt mij om deze reden wel degelijk wenselijk.

7. Slotsom

De samenwerkingsschool is, redenerend vanuit de basiskenmerken van ons duale bestel, een zeer problematische figuur. Deze bestuursvorm verhoudt zich in het bijzonder slecht met het beginsel van scheiding van kerk en staat en

het ten aanzien van het onderwijs hierop toegespitste onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs, zoals sinds jaar en dag als constitutioneel uitgangspunt geldt van ons duale bestel. Ook staat deze figuur op een gespannen voet met het beginsel van een herkenbare overheid. Vanuit de optiek van de essentialia van het openbaar onderwijs kan bij het 'openbaar onderwijs' van de samenwerkingsschool om deze reden niet worden gesproken van openbaar onderwijs, zoals bedoeld wordt in art. 23 Gw. Het is om deze reden het beste om de samenwerkingsschool over de gehele linie te kwalificeren en te behandelen als bijzonder onderwijs.

Het wetsvoorstel inzake de samenwerkingsschool kent diverse bepalingen die als waarborg bedoeld zijn voor het bijzonder en het 'openbaar onderwijs' van de samenwerkingsschool. Deze waarborgen doen aan de in de vorige alinea geformuleerde kritiek op deze figuur niet af. Wel kan binnen het kader van de *alomtegenwoordigheid van het openbaar onderwijs* ex art. 23 lid 4 Gw worden ingestemd met het onder *bijzondere omstandigheden* in de plaats treden voor openbaar onderwijs door het levensbeschouwelijk neutraal en algemeen toegankelijk onderwijs (het wetsvoorstel spreekt ten onrechte van 'openbaar onderwijs') van een samenwerkingsschool.

83. Onderwijsraad 2001, p. 21.

84. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 134, nr. 3, p. 12.

85. *Kamerstukken II* 2009/10, 28 081, nr. 3, p. 6.